



佛港澳个人健康数据跨境流通的法治基础

谢汶郴¹ 冯泽华^{1,2,3*}

(1.广东工业大学法学院 2.广东工业大学粤港澳大湾区协同治理与法治保障研究中心;
3.广州数据法治研究中心)

摘要: 个人健康数据跨境流通是粤港澳大湾区高质量发展中的重要命题。佛山作为港澳居民跨境就医养老的重要流向地,在粤港澳大湾区启动建设以来业已与港澳开展了良好的医疗卫生合作实践。然而,佛港澳三地在个人健康数据跨境流通方面仍缺乏统一的规则衔接体系,无助于跨境医疗合作的深度发展,也无助于三地数据要素跨境流动。为此,本文从从宪制基础、普通规范、软法依据和其他规范性文件四组位阶不同的规范中,概括数据跨境流通的规范历史逻辑,探索健康数据切入三地跨境流通法治保障建设,凝聚规范共性与标准共识。

关键词: 粤港澳大湾区; 个人健康数据; 数据跨境流通; 数字经济

一、引言

新冠疫情防控三年的实践充分证明,粤港澳大湾区个人健康数据跨境流通有助于推动粤港澳三地各类生产要素快速便捷流动。适逢其时的是,2023年6月,国家互联网信息办公室与香港特区政府创新科技及工业局签署《关于促进粤港澳大湾区数据跨境流动的合作备忘

【作者简介】

谢汶郴, 广东工业大学法学院硕士生;

*冯泽华, 通讯作者, 广东工业大学法学院硕士生导师, 广东工业大学粤港澳大湾区协同治理与法治保障研究中心副主任, 广州数据法治研究中心研究员。

【基金项目】

2023年度佛山市社科规划项目“佛港澳个人健康数据跨境流通的法治保障研究”(项目编号: 2023-QN08); 2023年度广东工业大学校级“本科教学工程”项目“‘逻辑-过程-目标’三维交叉融合的跨境数据法治人才培养策略研究”(项目编号: 广工大教字(2023)51号); 广东工业大学2022年人文社科类学生项目“粤港澳大湾区数据跨境流动的法律规则衔接研究”(编号: R2022X01)。

2790-3796/© Shuangqing Academic Publishing House Limited All rights reserved.

Article history: Received August 19, 2023 Accepted September 4, 2023 Available online September 5, 2023

To cite this paper: 谢汶郴, 冯泽华 (2023). 佛港澳个人健康数据跨境流通的法治基础. 现代法学研究, 第2卷, 第2期, 42-47.

Doi: <https://doi.org/10.55375/jls.2023.2.11>

录》，数据跨境流通将成为新形势背景下粤港澳大湾区“数字湾区”建设的“重头戏”。^[1]个人健康数据跨境流通因而粤港澳大湾区数据治理建设中的重要命题。个人健康数据是指在体检、诊断、治疗、疾病控制、医学研究过程涉及到个体特征、健康状况、遗传基因信息、既往病史等方面的信息。个人健康数据是用户获取医疗服务的重要依据，也是医疗行业发展提效提质的必备要素，该类数据的汇聚还关乎社会公共利益和国家安全。^[2]因此，个人健康数据的流通对个人、行业有利，但同时也伴随着安全风险。《粤港澳大湾区发展规划纲要》指出，要建设塑造“健康湾区”，密切医疗卫生合作，这表明数字时代下大湾区的建设必然重视健康数据跨境流通。^[3]然而，《粤港澳大湾区发展规划纲要》不可能面面俱到，作为国家战略性工作的指南针，发展规划纲要已从知识产权、司法协助、社会治安治理联动等面向对大湾区建设进行了长远的谋划和细致的设计。佛山作为港澳居民跨境就医养老的重要流向地，在粤港澳大湾区建设以来业已与港澳开展了良好的医疗卫生合作实践。然而，三地在个人健康数据跨境流通方面仍缺乏统一的规则衔接体系，无助于跨境医疗合作的深度发展。在粤港澳共建数字湾区、健康湾区的背景下，推动个人健康数据跨境流通有助于促进优质医疗卫生资源紧密合作，并先行先试个人敏感信息跨境流通的中国方案。^[4]其中，佛山作为港澳居民跨境就医养老的重要流向地，个人健康数据流通的现实需求尤为迫切。然而与强烈数据流通需求形成鲜明对比的是，当前佛山尚未形成大湾区数据流通的地方法治设计，在部署港澳个人健康数据跨境流通方面相对滞后，难以为数字时代佛港澳一体化建设创设前提凸显了本研究命题的前沿性和现实性。

当前，佛港澳要面对的法治格局是，粤港澳大湾区存在两种社会制度、三种法律体系、三种货币和三个单独关税区。除了宪法和港澳基本法在国家法制上保持较为有力的统一适用外，内部在行政级别、法律制度等深层次方面存在规则不衔接的问题。鉴于此，佛港澳个人健康数据跨境流通必然触及许多法律问题，比如宪法与港澳基本法的关系、中央全面管治权与特别行政区高度自治权的关系、港澳居民如何适用宪法权利义务规范问题等。^[5]为打破佛港澳大湾区数据跨境流通障碍，必须厘清佛港澳个人健康数据流通的法治基础，强化规则衔接共识，从而推动法治化健康湾区建设。

本文从宪制基础、普通规范、软法依据和其他规范性文件四组位阶不同的规范中概括数据跨境流通的规范历史逻辑，探索健康数据切入三地跨境流通法治保障建设，凝聚规范共性与标准共识。

二、宪法和港澳基本法为佛港澳个人健康数据跨境流通提供宪制依据

[1] 国家网信办：《国家互联网信息办公室与香港特区政府创新科技及工业局签署〈关于促进粤港澳大湾区数据跨境流动的合作备忘录〉》，http://www.cac.gov.cn/2023-06/30/c_1689687618127403.htm，最后访问时间：2023年8月19日。

[2] 陈怡：《健康医疗数据共享与个人信息保护研究》，《情报杂志》2023年第5期，第192-199页。

[3] 冯泽华，刘向东：《大湾区跨境数据规则衔接的法治逻辑》，《山西市场导报》2023年4月27日，第11版。

[4] 余宗良，张璐：《我国数据跨境流动规则探析——基于粤港澳大湾区先行先试》，《开放导报》2023年第2期，第86-93页。

[5] 冯泽华，杜承铭：《粤港澳大湾区行政法治协调的立法进路》，《法治论坛》2021年第1期，第131-147页。

宪法和港澳基本法作为宪制性质的法律文件，可适用于包括港澳特区在内的全中国范围。佛港澳三地作为粤港澳大湾区个人健康数据跨境流通的先行性地区，需要在宪法和港澳基本法上获得规范基础，方可在个人健康数据规制衔接中确保合宪性审查。^[1]

第一，宪法作为国家根本大法，在“一国两制”的法治框架下是佛港澳三地间个人健康数据跨境所遵循的根本依据。《宪法》规定“国家发展医疗卫生事业……保护人民健康”即健康数据交流的价值体现。虽然港澳特区的法律体系与内地不同，但共同的国家利益和统一的宪法制度规制数据跨境行为必须符合宪法程序。换言之，佛港澳在个人健康数据的规范建设、处理机制等全过程都要体现合宪性，大湾区个人数据跨境流通同样需要以宪法为核心开展。^[2]

第二，港澳基本法作为宪制性法律，是港澳特区对个人数据跨境流通规则建设的宪制依据。港澳基本法均明确了中央与特别行政区的关系、特别行政区与各省、自治区、直辖市的关系，为佛山与香港、澳门开展广泛合作提供宪制规范依据。同时，港澳基本法授予港澳两地行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权，港澳特区颁布施行的政策、制度等均应遵循《基本法》的规定，这种综合性权力使得港澳具备有力充足条件推进数据跨境流通。

三、普通规范是夯实佛港澳个人健康数据跨境流通的主要依据

佛港澳三地设立的普通规范进一步夯实了个人健康数据跨境流通的法治基础，均以谨慎态度作出一系列安全原则指引规范。

首先，内地立法。第一，《个人信息保护法》对个人信息跨境作出原则性规制，个人健康数据因属于敏感个人信息受其限制。该法规定个人信息的跨境提供需要经国家网信部门的安全评估、保护认证或签订标准合同，并通过履行“告知-同意”行为范式取得数据主体的明确同意。第二，《数据安全法》第31条分别对两种特殊主体的数据出境安全管理进行规定，为内地数据的出境监管提供法治指引。第三，《网络安全法》对医疗等涉及重大公共安全的数据控制者进行规制，强调关键数据应当存储在境内。第四，广东省和佛山市陆续出台《广东省数字经济促进条例》《佛山市政务数据资源管理办法（试行）》等规范，强化信息规制力度。

其次，香港特区立法。香港个人健康数据跨境遵循数据流转的一般规则，即符合《个人资料（私隐）条例》第33条所列明的三项条件之一：目的地列入白名单、有合理理由相信法律规制类似、当事人书面同意。但事实上，这一条款迟迟未有生效实施，港区政府并未对个人数据跨境转移作过多限制。^[3]然而，虽该条款至今尚未正式实施，但亦可看出香港立法者对个人数据跨境的重视程度，并且伴随个人数据成为一种重要战略资源凸显着生效的迫切性。^[4]

^[1] 莫纪宏：《特别行政区制度法律特征的宪法学再释义》，《中外法学》2022年第5期，第1163-1179页。

^[2] 黄哲瑞，冯泽华：《粤港澳大湾区个人健康信息规则衔接的立法进路》，《紫荆论坛》2022年第3期，第58-65页。

^[3] 冯泽华，刘向东：《以法治护航粤港澳大湾区数据跨境流动》，《南方日报》2023年8月28日，第A05版。

^[4] 邓凯：《法政新思/巩固湾区数据枢纽 完善香港数据跨境法制（上）》，《大公报》2022年8月26日，

最后，澳门特区立法。第一，《个人资料保护法》中针对个人资料跨境转移作出一般原则和例外情况的相关规定，当个人资料保护办公室认定某个人资料在出境后仍能得到适当的保护程度，才可进行转移。^[1]若个人健康数据的转移涉及公共卫生安全，还需遵循其他法律规范。第二，澳门《个人资料保护法》将与个人健康相关的资料列为敏感数据，包括出境在内的处理行为原则上不被允许，只有在遵循非歧视原则以及满足以下条件之一时方可进行：法律或规章规定；基于重大公共利益并经个人资料保护办公室允许；当事人明确许可。

四、软法基础凝聚佛港澳个人健康数据跨境流通的规范共识

一般而言，软法是指具有实际效力但原则上不具有法律约束力的行为规则，能在数据等要素跨域治理的利益协调方面发挥独特的制度优势。申言之，按软法生成逻辑的不同，可分为统合性软法和合意性软法，在佛港澳数据跨境流通中均有体现。

统合性软法是指由中央作为主要制定者，围绕粤港澳大湾区建设总体规划和根据不同区域发展需要统合形成的软法规范总称。例如《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和 2035 年远景目标纲要》、《粤港澳大湾区发展规划纲要》、《关于促进粤港澳大湾区数据跨境流动的合作备忘录》等，该类规范均指出要推动数据跨境安全有序流通，是佛港澳三地共建“健康湾区”共同诉求的高位体现，并提供了宏观的发展指南。

合意性软法是指粤港澳三地不同主体间通过协商达成合意形成的各类软法协议，以共同意愿促进实际行动。例如，国家商务部与港澳分别签署的服务贸易协议（CEPA）及其补充协议。虽然该类协议并非针对数据跨境流通，但内地与港澳早期包括卫生领域在内的各项合作作为个人健康数据的跨境交流打下坚实基础。又如，广东省分别与港澳协商制定的《粤港合作框架协议》、《粤澳合作框架协议》等框架协议，其中均提出要加强医疗服务的合作，完善居民转诊安排，推进医院病情查验结果互认等，暗含着个人数据跨境流通的内容。^[2]再如粤港澳针对健康数据相关领域跨境签署的专项协议，包括粤港澳三地签署的《粤港澳传染病防治交流合作机制协议》《粤港澳大湾区卫生与健康合作框架协议》《粤港澳大湾区卫生健康合作共识》等，大多强调加强三地卫生医疗合作，促进健康信息要素的顺畅流动。

五、其他规范性文件对佛港澳个人健康数据跨境流通作出补充依据

佛港澳三地各自为促进和保护数据跨境行为所发布的其他规范性文件，作为一种灵活、政策导向式的规范依据，也在客观补充着个人健康数据跨境流通前后的法治基础。

一是完善个人健康数据出境前的安全保护。2022 年 7 月，国家互联网信息办公室发布《数据出境安全评估办法》，指出涉及敏感重要的数据出境需要通过省级网信部门向国家网信部门申报数据出境安全评估，防范数据出境安全风险。2023 年 2 月，《个人信息出境标准合同办法》出台，要求以签署官方制定的合同模板方式来确保个人信息在出境之后保护水

第 A12 版。

^[1] 吴燕妮：《粤港澳大湾区跨境数据流动治理范式的挑战与进路》，《深圳社会科学》2023 年第 2 期，第 14-25 页。

^[2] 韩晋雷：《粤港澳大湾区数据要素安全有序跨境流动的困境与出路》，《网络安全与数据治理》2023 年第 3 期，第 20-26+33 页。

平不低于原有标准，强化了数据出境的保护效力。^[1]佛山市也出台一些旨在促进数字经济发展的政策文件，例如《佛山市推动数字经济发展实施方案》《佛山市禅城区推进数字经济发展实施办法》《佛山市顺德区支持数字经济集聚发展若干政策措施》等，客观上为数据跨境流通提供了更契合本地区实际的规范依据。类似的，香港特区为完善《个人资料（私隐）条例》对个人数据出境的相关规则，于 2014 年由个人资料（私隐）专员制定并公布了《保障个人资料：跨境资料转移指引》和香港建议条文范本（RMCC），并于 2022 年发布《跨境资料转移指引：建议合约条文范本》给予补充，向数据跨境双方提供了建议标准合同模板进行安全保护。^[2]

二是在合规范围内促进数据出境。跨境数据流通的合规问题愈发得到理论与实务界关注，成为政府规制的重点领域。广东省人民政府在 2021 年 7 月印发《广东省数据要素市场化配置改革行动方案》，明确提出要推动粤港澳大湾区数据有序流通，支持医疗等科研合作项目数据资源有序跨境。又如深圳与香港签署《香港病人转介项目合作协议》，先行探索跨境医院转诊方式，是后续佛山等市个人健康数据跨境流通的重要探索方向。

六、余论：以立法协同机制推进佛港澳个人健康数据跨境流通

从上面列举的各大法律文件来看，佛港澳三地在各自的法域均具有促进个人健康数据跨境流通的规范基础。但是仍然存在法治基础不够牢固、立法协同尚未取得突破、行政协调效率较低等问题。在佛港澳三地各自的法制建设发展的同时，亟需由中央开展整体性的顶层设计。

当前，基于“一国两制”的宪制现实，佛港澳个人健康数据跨境流通面临的首要问题是，顶层设计的协调机制在法律地位上不明确。目前，为了更好地推动粤港澳大湾区法治化建设，2018 年中央成立粤港澳大湾区建设领导小组，作为国家层面协调大湾区建设的议事协调机构。

从过去的实践来看，涉港澳的议事协调机构（如中央港澳工作协调小组）在推动港澳与内地融合发展中确实发挥了一定的协调作用，具有不可或缺的地位。一般而言，涉港澳的议事协调机构因其跨部门协调的权力而具有较高权威性，作出的决策一般均可通过全国人民代表大会的方式上升为国家和法律意志，从而得到一定程度的实施。然而，无论这种决策的权威性有多强，作为议事协调机构的粤港澳大湾区建设领导小组没有明确的法律地位，其作出的决策在港澳特区并不一定具有约束力，^[3]加之港澳特区的司法独立传统，上述决策在港澳可能遭遇司法复核。

纵观当前中国的宪制结构，一些宪定机关如全国人大及其常委会、国务院等，可以通过

^[1] 广东外语外贸大学粤港澳大湾区研究院课题组，申明浩，滕明明等：《数据要素跨境流动与治理机制设计——基于粤港澳大湾区建设的视角》，《国际经贸探索》2021 年第 10 期，第 86-98 页。

^[2] 陈朋亲，毛艳华：《粤港澳大湾区基础设施互联互通的底层逻辑与推进策略》，《港澳研究》2023 年第 1 期，第 80-92 页。

^[3] 宋华琳，徐曦昊：《行政法中机构协调的法治架构——以公共卫生治理为例证》，《南开学报（哲学社会科学版）》2023 年第 2 期，第 169-180 页。

基本法解释、行政指令甚至宪法解释、基本法修改等方式在大湾区建设实践中发挥作用，^[1]但粤港澳大湾区建设领导小组的定性导致其难以长期从事法律冲突协调工作。首先，在立法方面，特别行政区享有立法权，特别行政区法律机关的立法要报全国人大常委会备案，但备案不影响法律生效，全国人大常委会可将不符合基本法关于中央管理的事务以及中央与特别行政区关系的条款的法律发回。其次，从法律实施层面来看，除国防、外交以及其他不属于特别行政区自治范围的全国性法律外，其他全国性法律也缺乏在特别行政区实施的进路。最后，在司法层面，特别行政区享有独立的司法权和终审权。换言之，粤港澳三地缺乏共同的上级司法机关。^[2]

如上，粤港澳大湾区建设虽纳入中央的顶层设计，但缺乏高位阶的法律规范为强力保障的。考虑到佛港澳三地间长期存在的法律冲突问题，需要在粤港澳大湾区建设领导小组外建立一项完善的顶层设计的协调机制——粤港澳大湾区立法协同机制。此种协同机制应该为佛港澳个人健康数据跨境流通提供法治动力，更好地调适数据流通中出现的法律冲突问题。从目前的粤港澳大湾区衔接实践来看，由粤港澳三地的行政机关为主导，逐步推动各法域的立法机关共同参与，是建立粤港澳大湾区立法协同机制的可行进路。

^[1] 尹好鹏，林自立：《中国的准宪法解释机制：原理与实践》，《海峡法学》2022年第3期，第62-73页。

^[2] 冯泽华，刘向东：《粤港澳大湾区重大疫情的应急法治协同建设》，《中国评论》2022年第3期，第75-82页。